

EL DERECHO INTERNACIONAL EN EL MUNDO MULTIPOLAR DEL SIGLO XXI

**OBRA HOMENAJE AL PROFESOR
LUIS IGNACIO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ**

coordinada por

**Santiago Torres Bernárdez, José Carlos Fernández Rozas,
Carlos Fernández de Casadevante Romaní, Javier Quel López y
Ana Gemma López Martín**



Iprolex

Madrid, 2013

Esta obra se edita con el patrocinio del Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y del Grupo de Investigación consolidado IT-496-10 (Investigador Principal J.J. Quel López) de la Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea

Los estudios incluidos en el presente volumen han sido sometidos al correspondiente sistema de apreciación previa por evaluadores externos de conformidad con el Reglamento del Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid

Edición:

Iprolex, S.L.

Mártires Oblatos, 19, bis
28224 Pozuelo, Madrid (España)
Teléfono: (34) 91 709 00 65
Fax: (34) 91 709 00 66
e-mail iprolex@iprolex.com
<http://www.iprolex.com>

Impresión:

Torreblanca Impresores

Paseo Imperial, 57
28005 Madrid (España)
Teléfono: (34) 91 365 20 07

Web:

<http://www.aedipr.com>

ISSN:

Depósito Legal: M-30684-2000
Impreso en España

Sumario

	Pág.
<i>Autores participantes</i>	15
<i>Abreviaturas</i>	21
<i>Presentación</i>	25
<i>Curriculum vitae del Prof. Dr. Luis Ignacio Sánchez Rodríguez</i>	35

Tratados internacionales

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS	
<i>La ordenación de las relaciones privadas internacionales a través de tratados en las postrimerías de su ciclo histórico</i>	47
Luis GARCÍA-CORROCHANO MOYANO	
<i>Los tratados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano (1996 – 2011)</i>	63
JAVIER A. GONZÁLEZ VEGA	
<i>¿Tratados ocultos? sobre ciertas manifestaciones de la acción concertada “no convencional” en el marco de las competencias “reservadas” a los tratados internacionales</i>	75
José JUSTE RUIZ	
<i>Los tratados en el Derecho internacional ambiental: tradición e innovación</i>	103
Manuel MEDINA ORTEGA	
<i>La inserción de los tratados internacionales en el ordenamiento de la Unión Europea</i>	121

Fabián NOVAK

Las reglas de interpretación de los tratados 151

Antonio PASTOR PALOMAR

Acuerdos internacionales de España que incluyen la concesión de exenciones fiscales 175

Ernesto J. REY CARO

El Derecho de los tratados en los pronunciamientos de los tribunales del Mercosur 189

Responsabilidad internacional

Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA

Una nueva contribución a la fijación de la indemnización por hecho internacionalmente ilícito: la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 19 de junio de 2012 en el asunto Ahmadou Sadio Diallo ... 203

Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA

Sobre la imputación o atribución de los hechos internacionalmente ilícitos en el caso de las Organizaciones internacionales 219

Francisco JIMÉNEZ GARCÍA

Contramedidas colectivas, responsabilidad de proteger e inmunidades estatales: visiones caleidoscópicas del Derecho internacional 235

El Estado, los poderes y los órganos de los Estados

Juan Manuel DE FARAMIÑÁN GILBERT

Astronautas: su perfil jurídico, su código de conducta en la Estación Espacial Internacional y las condiciones de vida en el espacio 267

José Antonio DE YTURRIAGA BARBERÁN	
<i>Contribución de España a la elaboración del concepto de Zona Económica Exclusiva</i>	285
Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ	
<i>Gibraltar y Marruecos, la difícil cooperación transfronteriza en el área del Estrecho</i>	317
Carlos ESPÓSITO	
<i>El ius cogens y las inmunidades jurisdiccionales de los Estados ante la Corte Internacional de Justicia</i>	333
José María ESPINAR VICENTE	
<i>De la función consular en materia de Derecho privado y de la formación de los cónsules</i>	349
Carlos FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI	
<i>Las “confrontaciones interinstitucionales” de la República de Honduras acontecidas en 2009</i>	371
Antonio F. FERNÁNDEZ TOMÁS	
<i>Las lesiones a las personas como excepción a la inmunidad de jurisdicción y su aplicación a los actos de las fuerzas armadas: una crítica a la Sentencia de la CIJ en el asunto de las Inmunidades Jurisdiccionales del Estado</i>	385
María Teresa INFANTE CAFFI	
<i>Antártica en la legislación interna de los Estados ¿qué hay de nuevo? ..</i>	425
Araceli MANGAS MARTÍN	
<i>Configuración del estatuto internacional del Estado en la Unión Europea: el respeto a la identidad nacional</i>	445
José Antonio PASTOR RIDRUEJO	
<i>El enlace fijo sobre el Estrecho de Gibraltar: una evocación</i>	467

Arreglo de controversias

Rubén CARNERERO CASTILLA

- Inmunidades estatales y violación de normas de ius cogens. La posición de la Corte Internacional de Justicia* 477

Carlos LÓPEZ CONTRERAS

- La disputa territorial y marítima (Nicaragua contra Colombia). Breves comentarios sobre las posiciones sostenidas por las partes* 489

Ana Gemma LÓPEZ MARTÍN

- La labor de la Corte Internacional de Justicia en el arreglo de las controversias territoriales. Una aproximación a los criterios de solución aplicados en su jurisprudencia* 513

Esperanza ORIHUELA CALATAYUD

- La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar y el compromiso de sus Estados parte respecto de la Corte Internacional de Justicia* 535

Rosa RIQUELME CORTADO

- Multiplicación de Tribunales internacionales: ¿fragmentación del Derecho internacional?* 555

Juan SOROETA LICERAS

- Las Naciones Unidas, entre la Realpolitik y el Derecho. Algunas reflexiones en torno al papel del enviado especial en los conflictos de Kosovo y del Sahara Occidental* 585

Uso de la fuerza

Victoria ABELLÁN HONRUBIA

- Uso de la fuerza armada, prohibición y excepciones* 599

Esther BARBÉ IZUEL

- Ideas, instituciones y poder: el uso de la fuerza en un mundo postoccidental* 613

Santiago TORRES BERNÁRDEZ

- Problemas actuales del recurso a la fuerza en Derecho internacional:
la autorización del recurso a la fuerza por las Naciones Unidas* 631

Derechos humanos

M^a Dolores BOLLO AROCENA

- Push back, expulsiones colectivas y non refoulement. Algunas reflexio-
nes a propósito de la sentencia dictada por la gran sala del TEDH
en el caso Hirsi Jamaa y otros c. Italia (2012)* 647

Valentín BOU FRANCH

- El crimen de genocidio* 667

Juan Antonio CARRILLO SALCEDO

- Reflexiones en torno a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos
Humanos en el caso Hirsi Jamaa y otros contra Italia (sentencia de
23 de febrero de 2012)* 687

Javier CHINCHÓN ÁLVAREZ

- Principio de irretroactividad de los tratados, hechos continuados y
competencia ratione temporis. Debates pasados, presentes y futu-
ros en el sistema internacional de protección de los derechos
humanos* 695

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO

- Derechos fundamentales y observancia de los derechos de autor en la
Unión Europea* 713

Cástor Miguel DÍAZ BARRADO

- Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de proteger* 739

Zlata DRNAS DE CLÉMENT

- Interpretación de los tratados sobre derechos humanos por Tribunales
internacionales* 755

Carlos R. FERNÁNDEZ LIESA	
<i>Memoria e historia de España en derechos humanos</i>	773
Ana FERNÁNDEZ PÉREZ	
<i>Estado del bienestar y contradicciones en la ordenación de los flujos migratorios</i>	791
Julio V. GONZÁLEZ GARCIA	
<i>Actividad de policía y tratamientos inhumanos o degradantes. comentario a la STEDH B.S. c. España (demanda nº 47159/08)</i>	825
F. Javier QUEL LÓPEZ	
<i>Un paso esencial hacia la eficacia internacional de los derechos económicos sociales y culturales. Luces y sombras del Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales</i>	837
Varia	
Juan José ÁLVAREZ RUBIO	
<i>Derecho comunitario de la competencia y retransmisiones deportivas: perspectivas del mercado televisivo en la Unión Europea</i>	863
Alegría BORRÁS	
<i>La difícil unificación del Derecho internacional privado de la Unión Europea: de nuevo la responsabilidad nuclear</i>	877
Celestino DEL ARENAL MOYÚA	
<i>La creciente interdependencia como factor de institucionalización de la sociedad internacional</i>	889
Martín ORTEGA CARCELÉN	
<i>Una crisis de expansión: del Derecho internacional al Derecho global ...</i>	913

La ordenación de las relaciones privadas internacionales a través de tratados en las postrimerías de su ciclo histórico

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS

Resumen: Los tratados multilaterales materializaron durante muchos años una tendencia inequívoca hacia las soluciones universales del DIPr. Las insuficiencias detectadas más tarde como cauce idóneo de codificación internacional no fueron bastantes para propugnar su desaparición y su sustitución por otras técnicas alternativas. Hasta tiempos recientes la coexistencia de diversas fuentes en los sistemas jurídicos estatales y, por ende, la necesidad de resolver los conflictos que pudiesen surgir a la hora de determinar su ámbito de aplicación precisaba imperiosamente su coordinación adecuada, teniendo en cuenta la “prevalencia” de las normas contenidas en tratados internacionales sobre el Derecho interno. Posteriormente, la “comunitarización” del DIPr en la UE ha desplazado los problemas derivados de adopción y aplicación de los tratados internacionales hacia los relativos al ámbito y límites de las competencias de la UE.

Palabras clave: DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO – FUENTES – TRATADOS INTERNACIONALES – COMPETENCIAS DE LA UNIÓN EUROPEA.

Abstract: Multilateral treaties have materialized for many years a clear trend towards universal solutions in Private International Law. The weaknesses identified later as suitable instruments for international codification were not enough to advocate for their disappearance and their replacement by alternative techniques. Until recently the coexistence of diverse sources in the state legal systems and, therefore, the need to resolve the conflicts that may arise when determining their scope, revealed that a proper coordination was urgently needed, taking into account the “prevalence” of the rules contained in international treaties over internal laws. Subsequently, the “communitarisation” of Private International Law in the EU has shifted the problems that arise from the adoption and the implementation of international treaties towards the scope and the limits of the competences of the EU.

Keywords: PRIVATE INTERNATIONAL LAW – SOURCES – INTERNATIONAL TREATIES – COMPETENCES OF THE EUROPEAN UNION.

1. Hasta la división administrativa de las enseñanzas internacionalistas en España resultaba obligado buscar la justificación de las relaciones entre el Derecho internacional público (DIP) y el Derecho internacional privado (DIPr) y la íntima vinculación que se presumía entre ambas disciplinas. Superada la incidencia de la denominada “doctrina publicista” en torno al objeto del DIPr, la presencia de unos pretendidos “valores” internacionales o la alusión a una “función” internacional de este ordenamiento, el debate doctrinal ha caminado por otros itinerarios aprovechando el fenómeno de la “fragmentación” del DIP y la aparición de

nuevos espacios normativos de carácter material. La consideración de las denominadas “normas secundarias”, gestadas al amparo de tal fenómeno, han sido el terreno abonado para volver a vincular ambos ordenamientos con ejemplos tan categóricos como el suministrado por el denominado “Derecho de las inversiones internacionales”. No es este el momento para insistir sobre estos contenidos suficientemente debatidos y muchas veces generadores de discusiones estériles. Si me he permitido esta digresión es porque a lo largo de más de treinta y cinco años de convivencia científica y humana con el profesor L.I. Sánchez Rodríguez tuve muchas ocasiones de debatir con él acerca de estas cuestiones y también porque pude comprobar que, a medida que nuestra amistad se consolidaba, la separación académica se hacía más patente (siempre se resistió a introducirse en el Derecho internacional económico) salvo en un aspecto concreto, el de los tratados internacionales¹. Ha sido una materia que ambos cultivamos paralelamente, aunque desde perspectivas muy distintas, y en la que hubo mucha correspondencia, enriquecimiento mutuo y alguna proyección externa². Por eso me ha parecido oportuno realizar unas breves consideraciones sobre esta preocupación común para honrar la memoria del gran jurista y del entrañable amigo.

2. Dentro de los innumerables tópicos del DIPr está la afirmación según la cual en este ordenamiento la historia lo es todo³. Reconociendo tal postulado, no faltan antecedentes remotos de tratados que incluyen soluciones de carácter material⁴; y, si seguimos con los tópicos y admitimos que la historia del DIPr es una historia más de doctrinas más que de instituciones⁵, podrá observarse que ya desde la estatutaria holandesa, en especial en la obra de Pablo y de Juan Voet, el tratado tenía una consideración especial, adquiriendo plena significación en autores como F.K. von Savigny o P.S. Mancini en relación con el capítulo de la codificación internacional. La unificación jurídica ofrecía para F.K. von Savigny

¹ El volumen de 1975 de una *Revista Española de Derecho Internacional*, por entonces reducida a su mínima expresión, recoge unas ingenuas notas de jurisprudencia de ambos, donde aún cuestionábamos el papel de los tratados internacionales en el orden jurídico.

² F.J. Quel López, “Las reservas en los Convenios de la Conferencia de La Haya de DIPr”, *REDI*, 1993, n° 1, pp. 115 ss.

³ M. Gutzwiller, “Le développement historique du droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 29, 1929-IV, p. 292.

⁴ Como el conocido “tratado de Sthymphalos” (L. Winkel, “Quelques remarques sur les traités d’assistance juridique et sur l’existence de droit international privé dans l’Antiquité”, *Mélanges Fritz Sturm offerts par ses collègues et des amis à l’occasion de son soixante-dixième anniversaire*, vol. I, Lieja, Éditions Juridiques de l’Université de Liège, 1999, pp. 568-578, esp. p. 569) o, ya en plena Edad Media, los tratados entre Ciudades en materia delictual: Pisa-Amalfi (1126), Nápoles-Gaeta (1129), Nápoles-Narbona (1132) o Siena-Chiusi (1232). Vid. B. Ancel, *Histoire du droit international privé*, Université Pantheon-Assas, Paris II, 2012, pp. 75-76.

⁵ D.J. Evrigenis, “Tendances doctrinales actuelles en droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 118, 1966-II, p. 322.

dos vías posibles: una de ellas estaba construida por las aportaciones de la ciencia con las que se iba conformando la práctica de los Tribunales; la otra consistía en la aceptación, por medio de un “tratado”, de una ley sobre la colisión de los Derechos locales aceptada por todas las naciones⁶. Con esta última vía el jurista alemán expresaba una aspiración “universalista” donde el tratado sería solamente un cauce, y no el fundamento, de las soluciones comunes a los problemas del tráfico jurídico externo. El planteamiento de P.S. Mancini es diferente al entender que el único procedimiento para que el DIPr cumpliera su misión internacional era la existencia de normas idénticas para todos los países, lo que requería que una doctrina generalmente admitida fuese la inspiradora de los correspondientes tratados internacionales⁷. Consecuentemente, la unificación por vía de tratados debía abarcar a todos los Estados y operar sobre todas las materias que daban lugar a un “conflicto de leyes”. No olvidemos que los últimos años del jurista italiano coinciden con los primeros en la vida de la Conferencia de La Haya de DIPr y que su pensamiento sería el motor de la codificación del DIPr en América Latina⁸, cuyos hitos más importantes fueron los Tratados de Montevideo de 1889 y, más tarde, el tratado que pretendió establecer una normativa común para América sobre el DIPr o Código de Bustamante. Junto a estas posiciones de base, es obligado recordar las distintas actitudes de las doctrinas “nacionalistas” e “internacionalistas” en orden a la función del tratado internacional en este ordenamiento.

Consideraciones como las que se acabamos de resumir muy sintéticamente contribuyeron al entendimiento de que los tratados internacionales constituían un factor que fortalecía la semejanza entre los distintos sistemas de DIPr potenciando el proceso de adopción de soluciones comunes a los diferentes Estados en el ámbito del tráfico jurídico externo. De ahí que se resaltasen las bondades de la tendencia de su versión multilateral hacia la adopción de soluciones de carácter universal, tanto en la unificación del Derecho material interno como en el establecimiento de normas comunes de DIPr de carácter material o conflictual.

⁶ Un fenómeno que se estaba produciendo en el seno de la denominada “Conferencia germánica” surgida del Congreso de Viena de 1815, sobre todo en el ámbito de los *Rechtshilfeverträge*. Vid. F.K. von Savigny, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la Ciencia del Derecho* (Heidelberg, 1814), traducción, de A. Posada, Granada, Comares, 2008. También C. Castronovo, “Savigny i moderni e la codificazione europea”, *Europa e diritto privato*, n° 2, 2001, pp. 219–256.

⁷ Cf. P.S. Mancini, “De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les États, sous la forme d'un ou plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales de droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles”, *Journ. dr. int.*, 1874, pp. 221 ss. En esta idea insistirá E. Bartin, “Le droit conventionnel envisagé comme source du droit international privé en France”, *Journ. dr. int.*, 1927, pp. 6–7. Vid. E. Jayme, “Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 177, 1982, pp. 39–50, esp. p. 43.

⁸ Cf. A.M. Villela, “L'unification du droit international privé en Amérique latine”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1984, pp. 233–265, esp. p. 240.

3. Siguiendo con esta perspectiva doctrinal se ha insistido tradicionalmente en la importancia de los tratados en su versión bilateral, pero no ha habido unanimidad en orden a su utilidad. Para ciertos sectores universalistas constituían un peligro por introducir elementos de heterogeneidad y de particularismo en la reglamentación internacional de la vida privada de las personas, y eran ineficaces a la hora de conseguir la uniformidad de las soluciones por contribuir a acentuar las divergencias entre los distintos sistemas nacionales de DIPr. La práctica ha demostrado, sin embargo, que dicha crítica era un tanto superficial e inexacta. Por su parte, los tratados multilaterales materializaron durante muchos años una tendencia inequívoca hacia las soluciones universales, siendo calificados como la “razón escrita” de DIPr⁹. Y es que, en rigor, estos instrumentos brindaron una especial incidencia en las técnicas de reglamentación de los distintos sistemas en presencia. Baste observar su operatividad como mecanismo de unificación de los ordenamientos internos o su valor ejemplarizante para muchos legisladores nacionales.

Otros motivos de interés han exhibido los tratados en el DIPr. En primer término, por el crecimiento paralelo de los sistemas de DIPr nacionales y de los convenios multilaterales en la materia¹⁰, pues el fenómeno de la codificación interna y el de la codificación internacional coincidieron en el tiempo con una fuerte influencia recíproca dando lugar a una especie de *ius commune*, de soluciones unificadas, en relación con ciertos sectores de este ordenamiento. En segundo lugar, por el desarrollo de los convenios internacionales de aplicación universal y *erga omnes*, en los que la solución convencional desplazaba a la interna incluso respecto de Estados no signatarios del Convenio sin que debiese mediar condición alguna de reciprocidad. Por último, por las técnicas de incorporación unilateral de reglamentaciones convencionales en la normativa interna de los Estados.

4. Tardó en admitirse mas hoy un sistema jurídico no puede concebirse como obra exclusiva del legislador interno al coexistir con normas y principios de carácter supranacional¹¹. Es cierto que los últimos años han sido testigos de la mutación del DIPr español y que las fuentes procedentes de la UE, que configurarían su núcleo esencial, han pasado en poco tiempo a convertirse en fundamentales, desplazando a las fuentes de origen convencional y a las de origen interno, aunque sin suprimirlas por completo en su función reguladora.

⁹ Cf. Ph. Francescakis, “Droit international privé”, *Encyclopédie Dalloz dr. int.*, t. I, París, 1968, p. 673.

¹⁰ E. Vitta, “Parallelo sviluppo della codificazione, interna ed internazionale, del diritto internazionale privato”, *Diritto internazionale*, vol. XXIII, 1969, pp. 3 ss; *id.*, “International Conventions and National Conflicts Systems”, *Recueil des Cours*, t. 126, 1969–I, pp. 124 ss.

¹¹ STS 1ª 22 de mayo de 1989.

La alusión a los “tratados internacionales”, en función de su generalidad, requiere algunas precisiones. Desde el punto de vista del DIP, cuando se alude a las de “clases” de tratados se suele omitir su ámbito de aplicación material y lo mismo ocurre en nuestro Derecho interno, en concreto con el Decreto 801/1972, de 24 de marzo, relativo a la Ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados Internacionales y disposiciones de tramitación¹². En un afán armonizador y unificador ciertos sectores del ordenamiento jurídico reguladores de las transacciones transfronterizas entre particulares cuentan, o han contado históricamente, con una reglamentación contenida preferentemente en tratados internacionales. Pues bien, las sucesivas resoluciones emanadas a partir de lo dispuesto en su art. 32 del referido D 801/1972, ofrecen una clasificación material de los tratados muy discutible¹³ a los efectos de búsqueda de los instrumentos rectores de las relaciones privadas internacionales, que no solo no se encuentran en una rúbrica propia, sino que figuran en epígrafes tan diversos como “Arreglo de controversias” o “Aduaneros y comerciales”, por sólo citar algunos. Y la búsqueda también es compleja en orden a los tratados bilaterales, que se han multiplicado en los últimos años¹⁴.

5. La distribución material efectuada permite contemplar la interacción entre tratados y otros procedimientos de producción jurídica desde una óptica distinta a la habitual lo que facilita, entre otras cosas, la verificación de una circunstancia especial: la similitud existente entre sectores diversos al DIPr como puede ser el Derecho marítimo, el Derecho de los transportes, o el Derecho de las propiedades especiales.

¹² Orden comunicada de 17 de febrero de 1992 de la Subsecretaría de Asuntos Exteriores por la que se establecen normas para la tramitación de los tratados internacionales por parte de los órganos de este Departamento (*BOMAE*, nº 592, febrero de 1992)

¹³ Según estas resoluciones los tratados multilaterales reciben la siguiente clasificación: A) Políticos y diplomáticos: AA) Políticos; AB) Derechos humanos; AC) Diplomáticos y consulares. B) Militares: BA) Defensa; BB) Guerra; BC) Armas y desarme; BD) Derecho humanitario. C) Culturales y científicos: CA) Culturales; CB) Científicos; CC) Propiedad intelectual e industrial; CD) Varios. D) Sociales: DA) Salud; DB) Tráfico de personas; DC) Turismo; DD) Medio ambiente; DE) Sociales. E) Jurídicos: EA) Arreglo de controversias; EB) Derecho internacional público; EC) Derecho civil e internacional privado; ED) Derecho penal y procesal. F) Laborales: FA) Generales; FB) Específicos; G) Marítimos: GA) Generales; GB) Navegación y transporte; GC) Contaminación; GD) Investigación oceanográfica; GE) Derecho privado. H) Aéreos: HA) Generales; HB) Navegación y transporte; HC) Derecho privado. I) Comunicación y transporte: IA) Postales; IB) Telegráficos y radio; IC) Espaciales; IE) Carreteras; IF) Ferrocarril. J) Económicos y financieros: JA) Económicos; JB) Financieros; JC) Aduaneros y comerciales; JD) Materias primas. K) Agrícolas y pesqueros: KA) Agrícolas; KB) Pesqueros; KC) Protección de animales y plantas. L) Industriales y técnicos: LA) Industriales; LB) Energía y nucleares; LC) Técnicos.

¹⁴ Sin ánimo de exhaustividad los convenios en esta materia suele adscribirse a las siguientes rúbricas: A) Adopción internacional; B) Cooperación judicial en el orden civil, C) Nacionalidad, D) Protección y protección recíproca de inversiones; y, E) Reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras.

i) De todos los grandes sectores jurídicos acaso sea el transporte marítimo que posea la nota más marcada de internacionalidad. Dicha cualidad es el resultado de un dilatado proceso histórico que se ha consolidado en una sólida regulación uniforme con pretensiones de evitar, en la medida de lo posible, los inconvenientes generados por el sometimiento del buque a la diversidad de legislaciones que se produce por el hecho de entrar éste en contacto con un extendido número de puertos extranjeros. A una preeminencia estadística de situaciones jurídicas transnacionales responde el sistema jurídico generando un importante bloque normativo sustentado en tratados internacionales¹⁵, aunque esta opción, por su excesiva rigidez y por los numerosos problemas de aplicación que entraña, señaladamente en orden a la determinación de la responsabilidad del naviero o en orden a los privilegios e hipotecas navales¹⁶, está dejando paso a una importante autorregulación en el sector, a través de distintas técnicas destacando la utilización de las cláusulas tipo¹⁷.

ii) Dentro de las transacciones internacionales el transporte es uno de los sectores donde más se ha experimentado la necesidad de construir normas uniformes que se superpongan al particularismo existente en las legislaciones nacionales y que ofrezcan mayor seguridad jurídica a los empresarios en sus relaciones privadas¹⁸. No puede extrañar que el Derecho de los transportes se haya desarrollado en función de sus propias necesidades y de los sucesivos progresos tecnológicos¹⁹. Y tampoco puede extrañar que una de las características principales de la reglamentación de los transportes sea la internacionalidad a través de normas materiales de carácter uniforme y no de normas de conflicto de origen internacional; y ese carácter uniforme se proyecta también en la jurisprudencia española a la hora identificar la norma pertinente, primando el texto internacional sobre el Código de comercio, sobre todo en lo que se refiere a la responsabilidad del porteador.

iii) El escenario de las denominadas propiedades especiales ha sido preferentemente internacional²⁰ y ello porque las transacciones internacionales suelen encontrar un serio obstáculo en las legislaciones nacionales concebidas para otorgar protección exclusiva en el interior de sus fronteras y únicamente

¹⁵ J.A. Álvarez Rubio, *Derecho marítimo y DIPr: algunos problemas básicos*, Vitoria-Gasteiz, 2000, pp. 26–30.

¹⁶ SAP Las Palmas 2ª 24 de diciembre 1996.

¹⁷ A. Von Ziegler, “Alternatives and Methods of Unification or Harmonization of Maritime Law”, *Il diritto marittimo*, vol. 101, 1999, pp. 232–239.

¹⁸ M. Olivencia Ruiz, “La tarea unificadora en materia de transporte”, *Derecho uniforme del transporte internacional. Cuestiones de actualidad* (A. Madrid Parra, coord.), Madrid, 1998, pp. 1–22.

¹⁹ J. Putzeys, “Le transport, école d’unification”, *Rev. dr. unif.*, vol. III, 1998, pp. 641–649.

²⁰ M. Kessler, “L’internationalisation des droits intellectuels”, *RDAl/IBLJ*, 1994, pp. 805–825.

en determinadas instituciones de integración económica, señaladamente la UE, se contempla la existencia de normas armonizadas, o incluso comunes, aplicables a las transacciones entre los operadores económicos del espacio de integración concernido. Una de las bases más sólidas de las economías industriales se ha engarzado en el sistema tradicional de la propiedad intelectual que ha sido, entre otros, un motor de la mundialización: baste atender a los convenios en materia de propiedad intelectual de la OMPI o al Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de la OMC

Junto a los sectores aludidos, la importancia de los convenios internacionales en el sistema español de DIPr es considerable. Existen pocos Estados que se hayan obligado por tantos textos internacionales como el nuestro, merced en buena medida a una “euforia internacionalista” que siguió a la apertura internacional y europea de nuestro país a partir de finales de los años ochenta. Una apertura que en muchos casos provocó una política convencional apresurada y poco medida, dando lugar a una abundante jurisprudencia contradictoria en la solución de los problemas propios del de delimitación de los problemas de ámbito material, territorial y temporal de los convenios de DIPr²¹.

6. Si el DIP ha contado, a través de los tratados internacionales, con una importante repercusión, en sentido totalmente inverso pueden apuntarse abundantes manifestaciones de la incidencia del DIPr en la práctica derivada de la construcción de estos instrumentos internacionales. Y ello porque en gran parte de los foros de codificación, señaladamente la Conferencia de La Haya de DIPr, el tratado sigue constituyendo la pieza maestra del sistema, pese a que desde antiguo se cuestione la bondad de esta técnica y se busque la posibilidad de su sustitución por otro método más eficaz en la tarea de unificación del DIPr²².

²¹ Vid. mis consideraciones en “Los tratados internacionales en el sistema español de DIPr y su aplicación judicial”, *Cuadernos de Derecho judicial*, vol. I, Madrid, 1997, pp. 153–194 y en “Problemas de asimilación de los tratados internacionales de DIPr en un sistema de base estatal: la experiencia española”, *Mélanges Fritz Sturm...*, op. cit., vol. II, pp. 1447–1468.

²² G.A.L. Droz, “La Conférence de La Haye de droit international privé et les méthodes d’unification du droit: traités internationaux ou lois modèles”, *Rev. int. dr. comp.*, vol. 13, 1961, pp. 507–221; O.A. Borum, “Convention or Model Law”, *Collection of Essays in Honour of Ch. N. Fragistas*, Tesalónica, 1966, pp. 1 ss. R.A. Viñas Farré, “Métodos de unificación del Derecho en la Conferencia de La Haya de DIPr”, *Jurídica (Anuario del Departamento de Derecho, Universidad Iberoamericana)*, n° 14, 1982, pp. 279 ss. El cauce del tratado internacional, que caracterizó la primera etapa de Unidroit dio paso, con carácter alternativo, a otros instrumentos de codificación tales como leyes uniformes, leyes modelo, conjuntos de principios y recomendaciones dirigidas a los Estados, así como guías, códigos de conducta o formas estándares de contratos dirigidos directamente a los círculos profesionales. Vid. M.J. Bonell, “The Unidroit

En la Conferencia de la Haya el tratamiento de las cuestiones propias de DIPr no ha sido una materia exótica como demuestran los trabajos de las Comisiones sobre cláusulas finales²³. Es más, la propia Conferencia se significó en todo momento por una gran capacidad creativa dentro del Derecho de los tratados, sobre todo en la construcción de las denominadas cláusulas *erga omnes*, en el ámbito de las reservas²⁴, en materia de cláusulas territoriales y federales²⁵, en la solución a los conflictos de los tratados sucesivos concernientes a una misma materia y, con carácter mucho más específico, en las soluciones alcanzadas en materia de sucesión de Estados²⁶. Asimismo se puso de relieve que para los Estados plurilegislativos la negociación de un tratado de DIPr suscitaba problemas específicos²⁷ ante una futura incorporación en el orden interno²⁸, cuestión esta a la que debía agregarse la dificultad de la aplicación del convenio en las distintas unidades territoriales²⁹. Y, por solo citar un ejemplo más, se tomó en consideración el problema del carácter abierto o cerrado de una convención respecto a la incorporación de Estados que no forman parte del foro de codificación.

Las insuficiencias detectadas en el tratado internacional como cauce idóneo de codificación internacional no fueron bastantes para propugnar su desaparición y su sustitución por otras técnicas alternativas. En concreto, la crítica fundamental a la ley modelo es que los Estados pueden adoptarla pero no íntegramente y que tienen la misma fuerza que un convenio que no ha entrado en vigor³⁰. Prevalcieron condicionamientos de carácter institucional, tales como

Institute for the Progressive Codification of International Trade Law", *Int'l & Comp. L. Q.*, vol. 27, 1978, pp. 413-441; R.C.C. Cuming, "Model Rules for Lease Financing: A Possible Complement to the Unidroit Convention on International Financial Leasing", *Unif. L. Rev.*, vol. III, 1998, pp. 371-384.

²³ V. Goesel, "Codification du droit international privé et droit des traités, centenaire de la Conférence de La Haye", *An. fr. dr. int.*, vol. 38, 1992, pp. 376, esp. 359.

²⁴ G.A.L. Droz "Les réserves et les facultés dans les Conventions de La Haye de droit international privé", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1969, pp. 381 ss; J. Quel López, "Las reservas en los Convenios...", *loc. cit.*

²⁵ A.E. Von Overbeck, "La contribution de la Conférence de La Haye au développement du droit international privé", *Recueil des Cours*, t. 233, 1992, pp. 9-98, esp. pp. 33-46.

²⁶ G.A.L. Droz, "Démembrement d'Etats et succession aux Conventions de La Haye", *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, París, Dalloz, 1994, pp. 157ss; A. Bos, "Quelques cas récents de succession d'Etats en matière de traités conclus dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé", *E pluribus unum : liber amicorum Georges A.L. Droz: On the Progressive Unification of Private International Law*, La Haya, Nijhoff, 1996, pp. 25-40.

²⁷ S. Sánchez Lorenzo, "La aplicación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de DIPr a los conflictos de leyes internos", *REDI*, vol. XLV, 1993, p. 144. Para EE UU *vid.* J. Ku, "The Crucial Role of the States and Private International Law Treaties: A Model for Accommodating Globalization", *Missouri L. Rev.*, vol. 70, 2008, pp. 1063-1069.

²⁸ S. Bariatti, *L'interpretazione delle Convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Pádua, 1986, pp. 44 ss.

²⁹ S. Sánchez Lorenzo, "La aplicación de los Convenios...", *loc. cit.*, pp. 131 ss.

³⁰ K.H. Nadelmann, "Méthodes d'unification du droit international privé, La législation uniforme et les conventions internationales", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, pp. 37 ss.

que los foros de codificación están financiados por los Estados miembros y por eso deben satisfacer las necesidades de estos. Según esta posición, se correría el peligro de que un foro internacional dedicado a leyes modelo se convirtiese en una Academia científica, perdiendo su carácter de organización intergubernamental de carácter diplomático.

7. Hasta la asunción de competencias por parte de la UE para elaborar normas sobre las materias propias del DIPr se utilizaba el tratado internacional de carácter multilateral como cauce preferente de positivación, hasta el punto de ser considerado como el “método natural” de la codificación³¹, con sus ventajas y con sus inconvenientes. Ventajas, por proporcionar certeza sobre la materia unificada, inconvenientes, por la rigidez que toda codificación trae consigo y por las dificultades de adaptación que un texto de este tipo ofrece en cada sistema jurídico nacional. Baste reparar en que los convenios de DIPr no han adquirido, salvo excepciones muy destacadas, un número importante de Estados parte.

i) La uniformidad a través del tratado internacional acusaba los problemas generales que caracterizan a esta particular técnica codificadora³². En primer lugar, el eventual “déficit democrático”, por la frecuente desvinculación, primero de los redactores de los proyectos (que muchas veces actúan a título individual) y luego de los negociadores en la Conferencia internacional, con las necesidades reales del círculo jurídico al que supuestamente representan a lo que se añade la descoordinación existente entre los procesos de codificación interna e internacional. En segundo término, por ser el resultado de intereses muchas veces antagónicos plasmados en compromisos que sacrifican la necesaria sencillez de las normas unificadas dando lugar a textos ambiguos que ofrecían numerosas dificultades al intérprete³³. En tercer lugar, por la compleja recepción y aceptación de los tratados por los jueces nacionales por el juego de las categorías jurídicas del foro o la eventual acción del orden público. Finalmente, porque la existencia de una amplia red de tratados en este sector, muchas veces de carácter sucesivo, suscita la cuestión de sus relaciones mutuas³⁴ y, por ende, el juego de las cláusulas del instrumento internacional que contiene el resultado unificador, en lo que respecta a los ámbitos de aplicación

³¹ Cf. E. Jayme, “Considérations historiques et actuelles...”, *loc. cit.*, p. 51.

³² Cf. J.C. Fernández Rozas, “Los procesos de unificación internacional del Derecho privado: técnicas jurídicas y valoración de resultados”, *La unificación jurídica europea*, Madrid, 1999, pp. 43–44.

³³ Señaladamente a la hora de determinar el ámbito de aplicación de las disposiciones del Convenio: B. Knapp, “Unification internationale des règles et désignation du droit applicable”, *Internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, París, 1994, pp. 219–232.

³⁴ F. Ferrari, “The Relationship between International Uniform Contract Law Conventions”, *Rev. dr. unif.*, vol. V, 2000, pp. 69–84.

material, temporal y territorial del convenio³⁵. Y ello al margen del juego de las reservas³⁶.

ii) El desarrollo de la codificación internacional del DIPr ocasionó frecuentes supuestos de colisión entre Convenios³⁷, lo cual suscitó importantes y complejos problemas de delimitación normativa que no favorecían una sana reglamentación de las transacciones privadas internacionales³⁸. Este hecho se produjo por diversos factores siendo frecuente que en un mismo foro codificador se realizase una revisión de convenios anteriores (hipótesis que suscitan los sucesivos Convenios de Derecho marítimo). Otro factor apareció al tratarse de materias objeto de codificación internacional en distintos foros (cuyo ejemplo más claro son los Convenios relativos a los contratos internacionales de NU, Unión Europea, Unidroit, etc...). Mas no puede olvidarse que a menudo se suscitan falsos conflictos de convenios por una defectuosa interpretación de sus respectivos ámbitos de aplicación. Dichas dificultades propiciaron la inclusión en los mismos textos convencionales de las denominadas “cláusulas de compatibilidad de Tratados”³⁹ con un alcance muy distinto, desde la pretensión de eliminar cualquier conflicto en el futuro respecto a la vigencia de los tratados anteriores, hasta la aplicación del principio de la ley más favorable, pasando por situaciones de mayor complejidad en función de los intereses en presencia o generando una incertidumbre y, por ende, una libertad de obrar para el juez que, en definitiva, será quien elija a su leal saber y entender cual es el texto convencional aplicable al caso. En estos últimos supuestos el tenor de la cláusula encontraba cierta justificación en una técnica codificadora de “huida hacia delante”, para evitar que se paralizasen las negociaciones, y no en la solución definitiva de eventuales problemas en presencia.

iii) La concepción según la cual los convenios de DIPr tienen por finalidad eliminar cualquier conflicto de leyes que se pueda producir en la materia objeto de los mismos debe descartarse porque la uniformidad legislativa no supone la

³⁵ A.E. Von Overbeck, “Essai sur la délimitation du domaine des conventions de droit international privé”, *Jus et Lex, Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller*, Basilea, 1959, pp. 325 ss.

³⁶ J. Basedow, “Uniform Private Law Conventions and the Law of Treaties”, *Panorama internacional de Derecho mercantil. Culturas y sistemas jurídicos comparados* (Q. Adriano, ed.), México, UNAM, 2006, pp. 285–300.

³⁷ Vid. F. Majoros, *Les conventions internationales en matière de droit privé. Abrégé théorique et traité pratique*, t. I, París, 1976, pp. 282 ss; P. Volken “Conflicts Between Private International Law Treaties”, *International Law and The Hague’s 750th anniversary* (W.P. Heere, ed.), La Haya, T.M.C. Asser Press, 1999, pp. 149–158.

³⁸ Cf. E. Jayme, “Considérations historiques et actuelles...”, *loc. cit.*, pp. 55–60.

³⁹ En la doctrina española vid. S. Álvarez González, “Cláusulas de compatibilidad en los Convenios de la Conferencia de La Haya”, *REDI*, vol. XLV, 1993, pp. 39–62, esp. 41 ss.

uniformidad de interpretación⁴⁰. La práctica demuestra que los sistemas jurídicos, aún provenientes de una misma familia, suelen dar respuestas diversas divergentes a una cuestión concreta regulada en un instrumento de unificación internacional⁴¹. El problema de la interpretación de este tipo de Convenios no solo es una de las cuestiones más debatidas, sino que entraña una importante enjundia teórica⁴². En principio, si se contara con un texto que preventivamente eliminase cuestiones interpretativas y utilizase categorías muy delimitadas, se evitarían problemas *a posteriori*. No obstante, esta labor no es factible en muchas ocasiones, apareciendo el dilema a la hora de aplicar las normas.

8. Hasta tiempos recientes la coexistencia de diversas fuentes en los sistemas jurídicos estatales y, por ende, la necesidad de resolver los conflictos que pudiesen surgir a la hora de determinar su ámbito de aplicación precisaba imperiosamente su coordinación adecuada⁴³, teniendo en cuenta la “prevalencia” de las normas contenidas en tratados internacionales sobre el Derecho interno. Sin embargo, el Derecho de la UE ha trastocado este planteamiento pues estamos ante a la “primacía” de actos institucionales adoptados que contienen normas reguladoras de DIPr. Bien entendido que la uniformidad del DIPr de la UE choca con serios obstáculos derivados de los particularismos nacionales que no participan del modelo en su integridad, como es el caso de Dinamarca, o el de la cláusula *opting in* que permite al Reino Unido e Irlanda cuestionar las medidas propuestas por la UE en esta materia.

Aún cuando no exista una norma de DIPr de la UE aplicable al caso, siendo por tanto aplicable el DIPr interno, y tratándose de situaciones vinculadas al marco de la integración, el Derecho de la UE se erige como un límite interpretativo esencial.

De hecho, el TCE contiene una serie de principios generales que forman parte del acervo de la UE y que condicionan la actuación de los Estados miembros, incluido el plano legislativo y de la interpretación jurídica de las normas del DIPr. Entre otros pueden citarse: el reconocimiento de los derechos, libertades y principios enunciados en la CEDH (art. 6 TUE); el respeto a la identidad nacional de los Estados miembros (art. 4.2º TUE), el principio de la igualdad de sus

⁴⁰ A.V.M. Struycken, “Interpretation of Private International Law Treaties: Introductory Remarks”, *International law and The Hague's 750th anniversary*, *op. cit.*, pp. 135–147.

⁴¹ E. Krings, “L’opportunité de juridictions supranationales pour l’interprétation des lois uniformes”, *Rev. dr. unif.*, vol. III, 1998, pp. 525–534.

⁴² L. Marquis, “L’interprétation du droit commercial international uniforme: un modèle personifié par Marc-Antoine”, *Rev. int. dr. comp.*, vol. 54, 2002, pp. 97–125.

⁴³ E. Jayme, cita como ejemplo el art. 85 de la Ley suiza de DIPr en relación con el Convenio de La Haya de 1961 sobre protección de menores (*cf.* “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne (Cours général de droit international privé)”, *Recueil des Cours*, t. 251, 1996, pp. 60–61).

ciudadanos (art. 9 TUE), el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad (art. 18 TFUE)⁴⁴, o la prohibición de las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro (art. 49 TFUE)⁴⁵...

9. La “comunitarización” del DIPr en la UE ha desplazado los problemas derivados de adopción y aplicación de los tratados internacionales hacia los relativos al ámbito y límites de las competencias de la UE (art. 5 TUE). A partir de aquí la coordinación entre las normas de DIPr de la UE y las contenidas en convenios internacionales adquiere un interés especial⁴⁶. Ello al margen de la nueva fisonomía codificadora tras la incorporación de la UE a la Conferencia de La Haya de DIPr⁴⁷. Es evidente que las normas del DIPr procedentes de la UE predominan sobre las normas de origen convencional o fruto del legislador estatal, en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario⁴⁸. De ahí que, la cuestión se desplace a una cuestión “competencial” con el objeto de determinar si los Reglamentos se han excedido de su esfera de actuación centrada en las “relaciones intracomunitarias”.

i) El DIPr de la UE presenta unos límites *ratione materiae*, que vienen dados por las propias libertades, políticas y objetivos marcados en los Tratados constitutivos, que diseñan el mercado interior, para cuyo establecimiento y funcionamiento se reserva la política de aproximación y armonización jurídica y de

⁴⁴ STJCE 14 de octubre de 2008, as. C-353/06: *Grunkin* “el art. 18 CE se opone... a que las autoridades de un Estado miembro, aplicando el Derecho nacional, deniegue el apellido de un niño tal y como ha sido determinado e inscrito en otro Estado miembro en el que ese niño nació y reside desde entonces...”

⁴⁵ Respecto a sus implicaciones sobre el Derecho aplicable a las sociedades, STJCE 16 de diciembre de 2008, as. C-210/06: *Cartesio*.

⁴⁶ Dentro de otros muchos ejemplos cabe referirse a la STJCE 4 de mayo de 2010, as. C-533/08: *TNT Express Nederland BV*. Dicha decisión consideró que la remisión establecida en el art. 71 del Reglamento 44/2001, en beneficio de los foros de competencia establecidos en los Convenios especiales (en este caso, el CMR, en materia de transporte de mercancías por carretera), forma parte, en realidad, del propio Reglamento por lo que al aplicar la norma convencional especial se está dando cumplimiento a sus previsiones de dicho Reglamento comunitario. *Vid.* J.J. Álvarez Rubio, “La regla de especialidad como cauce para superar los conflictos normativos entre el Derecho comunitario y los Convenios internacionales en materias especiales”, *Diario La ley*, n° 7499, 29 de octubre de 2010; asimismo, P.J. Kuijper, “The Changing Status of Private International Law Treaties of the Member States in Relation to Regulation No. 44/2001: Case No. C-533/08, *TNT Express Nederland BV v. AXA Versicherung AG*”, *Legal Signes of Economic Integration*, vol. 38, 2001, pp. 89-104.

⁴⁷ J.D. González Campos, “La admisión de la Comunidad Europea en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado y la reforma de su Estatuto: líneas generales y principales cuestiones en un proceso aún no concluso”, *REDI*, 2005, pp. 1157-1161. *Vid.* Decisión del Consejo 2006/719/CE, de 5 de octubre de 2006, sobre la adhesión de la Comunidad a la Conferencia de La Haya de DIPr.

⁴⁸ M. Wilderspin y X Lewis, “Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2002, pp. 1-37 y 289-313.

cooperación jurídica en materia civil. El Tratado de Lisboa no ha alterado esencialmente estos postulados. El art. 65 TCE fue sustituido por el art. 81 TFUE que regula la cooperación judicial en materia civil, “cuando resulte necesario para el correcto funcionamiento del mercado interior”. Un precepto que ha de ponerse en relación con el art. 67 TFUE (antiguo art. 61 TCE), que incluye la necesaria relación que ha de existir entre el espacio de libertad, seguridad y justicia y el respeto a los derechos fundamentales⁴⁹; y así, en un corto espacio de tiempo, aparecieron una multitud de Reglamentos de la UE en sectores jurídicos materiales muy diversos que, incluso, se han producido en el ámbito de la denominada “cooperación reforzada” (art. 20.2º TUE), lo cual comportará, al margen de otras consideraciones, una mayor fragmentación normativa y un incremento de la complejidad a la que se enfrentan los operadores jurídicos⁵⁰. La propia naturaleza de estos instrumentos condiciona decisivamente su aplicación e interpretación por los tribunales, que han de ser uniformes en todos los Estados miembros.

ii) Con la limitación que impone el marco fundamentalmente económico de la integración, sólo el Derecho privado de carácter patrimonial quedaría afectado, al menos directamente, por el DIPr de la UE. El Derecho de persona, familia y sucesiones, ajeno *prima facie* a los objetivos de la integración económica, supondría un marco de actuación reservado al DIPr estatal y vedado a la acción de los órganos comunitarios, por lo que su desarrollo, en tal caso, sólo podría venir dado en función del DIPr convencional entre Estados miembros, con la excepción de aquellas cuestiones directamente vinculadas a la libre circulación de personas. Una postura que viene confirmada, además, por un principio fundamental del Derecho de la UE, consistente en el respeto a la identidad nacional de los Estados miembros, de la que formaría parte su propio sistema jurídico, en aquellas materias cuya armonización o unificación no fuera necesaria para la consecución de los objetivos de la integración.

iii) Han de tenerse en cuenta los límites impuestos por el principio de subsidiariedad. El principio de subsidiariedad implica que, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en la medida en que los objetivos de la acción emprendida no puedan ser alcanzados de manera sufi-

⁴⁹ Las competencias en materia de DIPr abarcan toda la esfera del Derecho privado, pero cabe señalar que, en principio, la aprobación de medidas relativas al Derecho de familia requiere unanimidad (art. 81, ap. 3, TFUE). En el año 2000 se estableció un marco más amplio a nivel de la UE. No obstante, en el marco actual persisten las lagunas y la cuestión radica en si es necesaria una regulación más exhaustiva y, de ser así, cómo debería efectuarse.

⁵⁰ P. Orejudo Prieto de los Mozos, “La nueva regulación de la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio. Aplicación del Reglamento Roma III en España”, *Diario La Ley*, nº 7913, 2012.

ciente por los Estados miembros y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada. Si bien en ciertos casos este principio puede justificar una ampliación de la acción de la UE, lo cierto es que en el ámbito jurídico-privado el principio de subsidiariedad ha producido supuestos de reducción o limitación de la producción normativa comunitaria⁵¹.

10. Los problemas apuntados se suscitan, dentro del propio DIPr por la pretensión del legislador europeo de consolidar el espacio de libertad, seguridad y justicia en el que se ha convertido la UE en un plazo excesivamente breve⁵². Ahora bien, la diversidad de técnicas de reglamentación y codificación del DIPr de la UE pueden provocar también problemas de coherencia interna, particularmente entre el DIPr (reglamentos y directivas) y el DIPr convencional⁵³ que se resuelven en favor de la primacía del Derecho institucional sobre el régimen convencional, tal y como expresamente preveían las cláusulas de compatibilidad que se incluyen en los instrumentos comunitarios.

El legislador comunitario también ha dictado reglamentos y directivas en materia de Derecho privado sustantivo (contratos de consumo, multipropiedad, viajes combinados, contratos de agencia, responsabilidad por productos, etc.) cuya función es procurar la armonización de los Derechos privados nacionales, tanto para las situaciones intracomunitarias como puramente internas. Esta normativa institucional suscita a menudo problemas de aplicación espacial en situaciones internacionales, tanto si vinculan a Estados miembros entre sí como a éstos con terceros Estados. Cuando el reglamento o directiva carecen de indicadores de aplicación espacial adecuados, puede resultar necesario acudir, para su aplicación, a las normas de DIPr tanto institucionales como convencionales.

11. El ámbito competencial nos conduce a la delimitación de la competencia externa de la UE a la hora de legislar sobre materias de DIPr. Es cierto que la

⁵¹ S. Álvarez González, “Pasado, presente y futuro del DIPr comunitario”, *Dereito*, vol. V, nº 1, 1996, pp. 9–48, esp. 14–19.

⁵² A. Durán Ayago, “Europeización del DIPr: del Convenio de Bruselas de 1968 al Reglamento (UE) 1215/2012. notas sobre el proceso de construcción de un espacio judicial europeo”, *Revista General de Derecho Europeo (Iustel)*, nº 29, 2013.

⁵³ M. Desantes Real, “La incidencia de las fuentes de origen institucional (Derecho comunitario europeo) en la configuración del sistema español de Derecho internacional privado”, *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gastéiz*. 1993, Madrid, 1994, pp. 57–121, esp. pp. 84 ss; E. Jayme y Ch Kohler, “L’interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des Conventions de Bruxelles et de Rome”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1995, pp. 1 ss. P.A. De Miguel Asensio, “International Conventions and European Instruments of Private International Law: Interrelation and Codification”, *The Place of International Agreements and European Law in a European Code of Private International Law*, Frankfurt Main, Peter Lang, 2012, pp. 185–212.

STJCE 31 de marzo de 1971, *Comisión/Consejo*: “AETR” se centró en la materia económica por lo que su proyección al DIPr debe interpretarse de manera restrictiva⁵⁴, aunque siempre teniendo en cuenta el principio de lealtad comunitaria que obliga a los Estados a actuar en favor de la consecución de los objetivos contenidos en el Tratado⁵⁵. Expresivos de esta lealtad fueron dos Reglamentos de 2009, hechos ambos con el objetivo de regular el proceso que se ha de seguir cuando varios Estados miembros quieran celebrar tratados con terceros Estados sobre materias sobre las que la Unión ya ha legislado⁵⁶.

Cabe recordar que cuando se negociaba el Convenio de Lugano de 30 de octubre de 2007 ya se planteó por el Consejo europeo ante el TJUE la consulta de si la entonces Comunidad Europea era a quien correspondía firmar el Convenio, al considerarse que era competencia exclusiva de la Comunidad en tanto la materia del Convenio de Lugano y, por tanto, coincidente con la del Reglamento (CE) 44/2001, o si por el contrario, eran los Estados los que debían firmar el Convenio individualmente. Como es sabido, el Dictamen TJCE 1/03, de 7 de febrero de 2006 estableció que la competencia para celebrar el nuevo Convenio de Lugano correspondía íntegramente a la competencia exclusiva de la Comunidad Europea, por afectar directamente al correcto funcionamiento del mercado interior⁵⁷. Y, con ello, condicionó drásticamente la posibilidad de que los Estados miembros suscribiesen tratados con terceros Estados en materias propias cooperación judicial en el orden civil; dicho en otros términos, se estableció un régimen de “libertad vigilada” a que podían quedar sometidos los Estados miembros en materia de conclusión de Convenios bilaterales con terceros Estados⁵⁸.

⁵⁴ Vid. P. Rodríguez Mateos, “Técnica normativa, Derecho extranjero y pluralidad de fuentes”, *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor J.D. González Campos*, t. II, Madrid, UAM-Eurolex, 2005, pp. 1723 ss.

⁵⁵ V.gr., la “Declaración sobre los arts. 71 y 72 del Reglamento 44/2001 y sobre las negociaciones en el marco de la Conferencia de La Haya de DIPr permite a los Estados miembros celebrar convenios con terceros Estados “sobre materias cubiertas por el mismo, siempre que se trate de acuerdos que no afecten al Reglamento” (ap. 5).

⁵⁶ Reglamento (CE) 662/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 y Reglamento (CE) 664/2009, de 7 de julio de 2009. Vid. A. Espiniella Menéndez “La autorización comunitaria para la negociación y celebración de acuerdos de DIPr entre Estados miembros y terceros países”, *Diario La Ley*, nº 15579, de 30 de septiembre de 2009.

⁵⁷ M.J. Elvira Benayas, “Las competencias externas de la UE y el DIPr tras el Dictamen del Tribunal de Justicia relativo al Convenio de Lugano”, *REEI*, nº 16, 2008.

⁵⁸ Cf. A. Borrás, “Competencia exclusiva de la Comunidad Europea para la revisión del Convenio de Lugano de 1988 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil: comentario al Dictamen C-1/03, de 7 de febrero de 2006”, *Revista General de Derecho Europeo (Iustel)*, nº 10, mayo 2006; M. Guzmán Zapater, “Competencia de la Unión Europea para concluir tratados internacionales en materia de DIPr (a propósito del Dictamen del TJCE 1/ 2003, de 7 febrero 2006)”, *REEI*, nº 14, 2007.

En las relaciones con terceros Estados, la primacía del Derecho de la UE y la necesidad de aplicar un DIPr específico en las relaciones intracomunitarias puede suscitar interrogantes en la aplicación y cumplimiento de convenios internacionales, por lo que en la práctica se habilitan “cláusulas de desconexión” que facilitan la ratificación del convenio internacional y su aplicación a las relaciones extracomunitarias sin afectar a la aplicación “intracomunitaria” del DIPr de la UE⁵⁹. El objetivo tradicional de las cláusulas de desconexión ha sido permitir a un grupo de Estados el establecimiento de reglas particulares, que tendrán prevalencia sobre el instrumento general para sus relaciones internas. En el DIPr, no obstante, el objetivo de una cláusula de desconexión es regular de manera coherente la aplicación distributiva de dos textos normativos que obliguen a los Estados parte⁶⁰.

Es cierto que en materia de DIPr la competencia debe ser compartida entre la Unión y los Estados miembros, pero si se trata de adherirse a un Convenio internacional multilateral que verse sobre una cuestión sobre la que ya ha legislado la Unión Europea y cuyo ámbito puede afectar a los intereses de la Unión, los Estados deberán solicitar permiso a la Comisión y adherirse en bloque, tal y como lo han hecho en el Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. Esta posición maximalista defendida por la Comisión en virtud de la cual pretende asumir la posición del legislador estatal en sus relaciones con terceros Estados no es pacífica, sobre todo porque muchos textos provenientes de la UE carecen de la calidad técnica deseable⁶¹.

⁵⁹ A. Borrás, “Les clauses de déconnexion et le droit international privé communautaire”, *Festschrift für Eric Jayme*, Munich, Sellier, t. I, pp. 57–72.

⁶⁰ Como puso de relieve el Dictamen TJCE 1/03, de 7 de febrero de 2006, “la existencia en un acuerdo de un cláusula denominada ‘de desconexión’, según la cual dicho acuerdo no afecta a la aplicación por parte de los Estados miembros de las disposiciones pertinentes del Derecho comunitario, no constituye una garantía de que las normas comunitarias no se vean afectadas por las disposiciones del acuerdo gracias a la delimitación del ámbito de aplicación respectivo de unas y otras, sino que, por el contrario, puede ser un indicio de que las citadas normas sí resultan afectadas.

⁶¹ Cf. A. Borrás, “La celebración de convenios internacionales de DIPr entre Estados miembros de la UE y terceros Estados”, *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 83–96.